

# An Ever Closer Market? Ein kompetenzrechtliches Verständnis der EU-Grundfreiheiten nach dem Vorbild der US-amerikanischen dormant Commerce Clause<sup>1</sup>

Johannes Thierer

Am 11. Mai 2023 urteilte der US Supreme Court in der Rechtssache *National Pork Producers Council v. Ross*, kurz *National Pork*.<sup>2</sup> Geklagt hatten Schweinebauer:innen aus Iowa gegen eine neue kalifornische Schweinehaltungsvorschrift. Schweinefleisch darf danach nur dann in Kalifornien vertrieben werden, wenn sich die Tiere bei der Aufzucht „hinlegen können, aufstehen, ihre Gliedmaßen vollständig ausstrecken oder sich frei drehen können“.<sup>3</sup> Das ist erst dann gewährleistet, wenn pro Schwein eine Fläche von 2,23 Quadratmetern zur Verfügung steht – deutlich mehr als in vielen anderen Bundesstaaten der USA.

Um weiter ihr Fleisch in Kalifornien, einem immens wichtigen Absatzmarkt, vertreiben zu können, müssten sich Schweinebetriebe anderer Staaten an die kalifornische Regelung halten. Die Schweinebauer:innen aus Iowa haben sich insbesondere unter Berufung auf die *dormant Commerce Clause* versucht, zur Wehr zu setzen. Die (positive) *Commerce Clause*<sup>4</sup> weist dem Bund die Kompetenz zur Regelung des zwischenstaatlichen Wirtschaftsverkehrs zu. Nach ständiger Rechtsprechung des Supreme Courts hat dieser Kompetenztitel eine gelegentlich ausdrücklich negativ genannte, häufiger als schlafend beziehungsweise ruhend (*dormant*) be-

---

1 Der Beitrag beruht auf einer These aus meiner in Arbeit befindlichen Doktorarbeit. Für wertvolle Anregungen und Hinweise möchte ich meinem Doktorvater Prof. Johannes Masing, meinen Lehrstuhlkolleg:innen Thomas Mollenhauer und Christina Turban und meinen Mitstreitern Jan Langemeyer und Jonas Wieschollek danken.

2 U.S. Supreme Court, Urteil vom 11.5.2023, 143 S. Ct. 1142 – *National Pork Producers Council v. Ross*.

3 Importverbot in § 25990(b)(2) California Health and Safety Code; Anforderung an die Schweinehaltung in § 25991(e)(1), (3) California Health and Safety Code; eingeführt durch eine Volksabstimmung (*Propositon 12*) am 6.11.2018; in Kraft getreten am 19.12.2019.

4 Art. I Sec. 8 Cl. 3 US-amerikanische Verfassung: „The Congress shall have power to [...] regulate commerce [...] among the several states [...].“

zeichnete Seite.<sup>5</sup> Diese negative Seite der *Commerce Clause* schränkt die Kompetenz der Einzelstaaten im Bereich der Wirtschaft ein, selbst wenn der Bund noch keine Regelung erlassen hat. Die *dormant Commerce Clause* greift also im aus Bundesperspektive unregulierten Bereich. Aus Sicht der Einzelstaaten stellt sich die Frage, wie weit sie diesen unregulierten Raum mit eigenen Gesetzen ausfüllen dürfen. Diskriminierende oder den zwischenstaatlichen Wirtschaftsverkehr in erheblichem Maße beeinträchtigende Regelungen sind ihnen nach der *dormant Commerce Clause* untersagt.

Eine Ähnlichkeit zu den EU-Grundfreiheiten drängt sich geradezu auf, denn ein ähnlicher Fall hätte genauso auch vor den EuGH kommen können.<sup>6</sup> Um dies zu veranschaulichen, beginnt der Beitrag mit einer Darstellung der aktuellen US-amerikanischen Rechtsprechung zur *dormant Commerce Clause* und der parallelen Rechtsprechung zu den europäischen Grundfreiheiten (A.). Anschließend folgt die Skizzierung der historischen Entwicklung der *dormant Commerce Clause* (B.). In einem dritten Schritt soll der dogmatische Charakter der *dormant Commerce Clause* und ihre Rolle im US-amerikanischen Verfassungsrecht untersucht werden (C.). Der Beitrag schließt mit Überlegungen, ob das Verständnis von und die Dogmatik der *dormant Commerce Clause* für die Grundfreiheiten fruchtbar gemacht werden können (D. und E.).

#### A. Die aktuelle US-amerikanische „Dogmatik“ und Parallelen zu den europäischen Grundfreiheiten

Zur Darstellung der US-amerikanischen Rechtsprechung soll diese in eine Struktur nach dem deutsch-europäischen Dogmatikverständnis geordnet werden. Dafür wird die Schablone eines dreigliedrigen Prüfungsschemas – Geltungsbereich, Beschränkung, Rechtfertigung – auf die Rechtsprechung gelegt. Da eine solche Systematisierung der US-amerikanischen Rechtswissenschaft fremd ist, geht diese Darstellung ohne Frage mit gewissen Übertragungsverlusten einher.<sup>7</sup> Es macht die Rechtsprechung für ein deutsches

5 Vgl. U.S. Supreme Court, Urteil vom 1.6.1992, 504 U.S. 353, 359 – *Fort Gratiot Sanitary Landfill v. Michigan Department of Natural Resources*.

6 Wobei die Tierhaltung in der EU mindestharmonisiert ist, vgl. Richtlinie 91/630/EWG des Rates vom 19. November 1991, geändert durch die Verordnung 806/2003/EG des Rates vom 14. April 2003.

7 Wobei in U.S. Supreme Court, 11.5.2023, 143 S. Ct. 1142, 1161 – *National Pork Producers Council v. Ross* jedenfalls vier *Justices* so deutlich wie noch nie zwischen

Publikum jedoch zugänglicher. Methodisch folgt dieser Konzeptvergleich der funktional-kontextualisierten Methode nach *Kischel*.<sup>8</sup> Grundfreiheiten und die *dormant Commerce Clause* werden unter dem Oberbegriff Beeinträchtigungsverbote der zwischenstaatlichen Wirtschaft betrachtet.

## I. Grundzüge eines gemeinsamen Prüfungsschemas

Danach kann folgendes US-amerikanisches Prüfungsschema skizziert werden. Erstens muss die streitige, einzelstaatliche Maßnahme den zwischenstaatlichen Wirtschaftsverkehr berühren (Geltungsbereich).<sup>9</sup> Rein innerstaatliche Sachverhalte werden nicht von der *dormant Commerce Clause* umfasst.<sup>10</sup> Indessen muss aber kein physischer Grenzübertritt vorliegen, sondern bloße Auswirkungen auf den zwischenstaatlichen Handel sind ausreichend. Damit ähnelt der Geltungsbereich der *dormant Commerce Clause* stark dem der Grundfreiheiten mit dem Erfordernis eines grenzüberschreitenden Bezugs.<sup>11</sup>

Diese Auswirkung muss zweitens entweder diskriminierend sein oder auf nicht-diskriminierende Weise den zwischenstaatlichen Wirtschaftsverkehr beeinträchtigen (Beschränkungsart). Der Supreme Court unterscheidet wie der EuGH zwischen einer Diskriminierung nach dem Wortlaut der Vorschrift (direkte Diskriminierung) und einer Diskriminierung nach dem

---

Beschränkungs- und Rechtfertigungsebene unterschieden haben: „Pike requires a plaintiff to plead facts plausibly showing that a challenged law imposes “substantial burdens” on interstate commerce *before* a court may assess the law’s competing benefits or weigh the two sides against each other.“ (Hervorhebung im Original); ebenso ebd., II66 (Sotomayor, J., concurring in part).

8 Uwe Kischel, Rechtsvergleichung, 2015, § 3 Rn. 146 ff.

9 So bereits U.S. Supreme Court, Urteil vom 2.3.1824, 22 U.S. (9 Wheat.) 1, 189 f., 194 – Gibbons v. Odgen: „The word “among” means intermingled with. A thing which is among others, is intermingled with them. Commerce among the States, cannot stop at the external boundary line of each State, but may be introduced into the interior. It is not intended to say that these words comprehend that commerce, which is carried on between man and man in a State, or between different parts of the same State, and which does not extend to or affect other States. [...] Comprehensive as the word “among” is, it may very properly be restricted to that commerce which concerns more States than one.“

10 U.S. Supreme Court, 2.3.1824, 22 U.S. (9 Wheat.) 1, 204 – Gibbons v. Odgen.

11 So ständige Rspr. seit EuGH, Urteil vom 28.3.1979, C-175/78, ECLI:EU:C:1979:88, Rn. 11 – Saunders; zuletzt bspw. in EuGH, Urteil vom 3.12.2020, C-311/19, ECLI:EU:C:2020:981, Rn. 23 ff. – BONVER WIN.

Effekt der Vorschrift (indirekte Diskriminierung).<sup>12</sup> Neben diskriminierenden können auch nicht-diskriminierende Maßnahmen unter die *dormant Commerce Clause* fallen.<sup>13</sup> Wann eine nicht-diskriminierende Belastung vorliegt, war der Rechtsprechung jedoch nur schwer zu entnehmen. Im aktuellen Urteil *National Pork* präzisierte nun eine Mehrheit, dass nicht jegliche Beschränkung des zwischenstaatlichen Handels ausreichend sei. Vielmehr brauche es eine „substantial burden“, welche vier *Justices* durch die Anforderungen an die Schweinehaltung nicht gegeben sahen.<sup>14</sup>

Schließlich kann drittens die einzelstaatliche Maßnahme gerechtfertigt sein. Dafür muss sie einem legitimen Ziel dienen, es dürfen keine milde ren Mittel das Ziel ebenso gut verwirklichen und schlussendlich werden einzelstaatliche und bundesstaatliche Interessen miteinander abgewogen – Vokabular, welches einem aus der EuGH-Rechtsprechung bestens bekannt vorkommt.<sup>15</sup> Damit ist auf den ersten Blick die Ähnlichkeit des Geltungsbe reichs, der Beschränkungsarten und der Rechtfertigung zu den EU-Grund freiheiten gerade zu frappierend.<sup>16</sup>

---

12 Bspw. USA: U.S. Supreme Court, Urteil vom 23.6.1978, 437 U.S. 617, 626 – Philadelphia v. New Jersey: direkt; U.S. Supreme Court, Urteil vom 20.6.1977, 432 U.S. 333, 350 ff. – Hunt v. Washington State Apple Advertising Commission: indirekt; vgl. auch Jennifer L. Larsen, Discrimination in the Dormant Commerce Clause, *South Dakota L. Rev.* 2003, 844. EU: EuGH, Urteil vom 4.4.1974, C-167/73, ECLI:EU:C:1974:35 – Kommission/Frankreich: direkt; EuGH, Urteil vom 12.2.1974, C-152/73, ECLI:EU:C:1974:13, Rn. II – Sotgiu: indirekt.

13 U.S. Supreme Court, Urteil vom 2.3.1970, 397 U.S. 137, 142 – Pike v. Bruce Church.

14 U.S. Supreme Court, 11.5.2023, 143 S. Ct 1142, 1162 – National Pork Producers Council v. Ross; ebenso ebd., 1165 f. (Sotomayor, J., concurring in part); s. auch die Zitate in Fn. 7; a.A. jedoch nur dem Ergebnis nach ebd., 1166 f. (Barrett, J., concurring in part); ebd., 1171 f. (Roberts, C.J., concurring in part and dissenting in part).

15 USA: z.B. U.S. Supreme Court, 2.3.1970, 397 U.S. 137 – Pike v. Bruce Church; im Überblick Winfried Brugger, Einführung in das öffentliche Recht der USA, 2. Aufl. 2001, 65 ff. Vgl. zur EU nur Dirk Ehlers/Claas Friedrich Germelmann, in: dies. (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 5. Aufl. 2023, § 12 Rn. 159 ff.

16 So Martin Raible, Protektionismusverbote im Recht der Wirtschaftsintegration, 2006, 270 ff.; differenzierender, wenn auch veraltet Wulf-Henning Roth, Freier Warenverkehr und staatliche Regelungsgewalt in einem Gemeinsamen Markt, 1977; mit eigenem Ansatz Robert Schütze, From International to Federal Market, 2017.

## II. Unterschied: Diskriminierung oder Nicht-Diskriminierung

Auf den zweiten Blick muss man diesen Befund jedoch einschränken. Die entscheidende Weggabelung für den Supreme Court ist die Frage, ob die einzelstaatliche Maßnahme diskriminierend ist.<sup>17</sup> Daran schließen sich zwei, in ihrer Stoßrichtung grundverschiedene Tests an, wie sie für das US-amerikanische Verfassungsrecht typisch sind. Ist eine einzelstaatliche Maßnahme diskriminierend, ist sie „virtually per se invalid“<sup>18</sup>. Mit anderen Worten: Eine diskriminierende Regelung ist in der Regel verfassungswidrig. Zwar steht es dem Einzelstaat dennoch frei, sich auf ein legitimes Ziel zu berufen und die Erforderlichkeit der Regelung nachzuweisen. Der Supreme Court verwehrt diskriminierenden Regelungen nicht absolut die Rechtferdigungsmöglichkeit. Jedoch sind die Anforderungen sehr hoch und auf den Einzelstaaten liegt die Bürde einer strengen Darlegungs- und Beweislast.<sup>19</sup> Insbesondere müssen sie nachweisen, dass sie kein milderes, nicht-diskriminierendes Mittel zur Hand gehabt hätten.<sup>20</sup> Nicht einmal eine Handvoll diskriminierender Regelungen hat diese Prüfung in den letzten 200 Jahren bestanden.<sup>21</sup> Völlig anders verfährt der Supreme Court mit nicht-diskriminierenden Regelungen. Das Gericht nimmt nur dann eine verfassungswidrige „*undue burden*“ an, wenn die Maßnahme in Relation zum verfolgten Ziel eindeutig außer Verhältnis steht – der sogenannte *Pike*-Test. Hier stellt sich gerade ein umgekehrtes Bild dar. Ein Großteil aller einzelstaatlichen Regelungen besteht den *Pike*-Test.<sup>22</sup>

---

17 Erwin Chemerinsky, Constitutional Law, 6. Aufl. 2019, 473 f.

18 U.S. Supreme Court, 23.6.1978, 437 U.S. 617, 624 – Philadelphia v. New Jersey; U.S. Supreme Court, Urteil vom 16.5.2005, 544 U.S. 460, 476 – Granholm v. Heald.

19 U.S. Supreme Court, 20.6.1977, 432 U.S. 333, 353 – Hunt v. Washington State Apple Advertising Commission; U.S. Supreme Court, Urteil vom 24.4.1979, 441 U.S. 322, 337 – Hughes v. Oklahoma: „strictest scrutiny“.

20 U.S. Supreme Court, Urteil vom 24.6.1986, 477 U.S. 131, 138 – Maine v. Taylor m. w. N.

21 Chemerinsky (Fn. 17), 486 f., 492; vgl. auch Dan T. Coenen, The Commerce Clause, 2004, 246 ff.; eine Ausnahme ist z.B. U.S. Supreme Court, 24.6.1986, 477 U.S. 131 – Maine v. Taylor.

22 Beispielsweise von 1982 bis 2009 kein einziges (Norman R. Williams/Brannon P. Denning, The New Protectionism and the American Common Market, Notre Dame L. Rev. 2009, 247 (304)); davor jedoch z.B. U.S. Supreme Court, Urteil vom 25.5.1959, 359 U.S. 520 – Bibb v. Navajo Freight Lines. Häufiger jedoch in den unteren Instanzen, dazu Brannon P. Denning, Bittker on the Regulation of Interstate and Foreign Commerce, 2. Aufl. 2013, 6/34 ff.

Diese Unterscheidung wurde im jüngsten *National Pork*-Urteil noch einmal verschärft. Ein gespaltener Supreme Court hielt in einer knappen 5:4-Entscheidung die kalifornische Regelung aufrecht.<sup>23</sup> Einigkeit herrschte aber in einem Ausgangspunkt – wenn auch mit ergebnisrelevanter, unterschiedlicher Gewichtung: Die *dormant Commerce Clause* verbietet den Einzelstaaten primär Protektionismus.<sup>24</sup> Entscheidendes Kriterium für eine protektionistische Regelung ist ihre diskriminierende Wirkung. Von der 5-*Justices*-Mehrheit wird als Konsequenz daraus der Anwendungsbereich der *Pike*-Rechtsprechung massiv beschränkt.<sup>25</sup> Nicht-diskriminierende Maßnahmen sind nur dann mit der *dormant Commerce Clause* unvereinbar, wenn sie den zwischenstaatlichen Handelsverkehr erheblich erschweren oder faktisch unmöglich machen. Als Beispiele verweist das Gericht auf Urteile, in denen einzelstaatliche Regelungen eine erhebliche Belastung für den Transitverkehr darstellten.<sup>26</sup>

Diese Rechtsprechung unterscheidet sich von der des EuGH. Zum einen hat der Gerichtshof in den letzten Jahrzehnten zusehends den Unterschied zwischen diskriminierenden und sonstigen Beschränkungen eingeebnet. Zwar können nach wie vor für direkt diskriminierende Maßnahmen nur die in den Verträgen<sup>27</sup> geschriebenen Rechtfertigungsgründe ins Feld geführt werden. Für indirekt diskriminierende Regelungen hat der Gerichtshof jedoch mehr und mehr die Berufung auf die ursprünglich für sonstige

---

23 Das Urteil erging mit zwei *concurrences* und zwei *dissents*.

24 U.S. Supreme Court, II.5.2023, 143 S. Ct. 1142, 1152 ff. – National Pork Producers Council v. Ross; im Grundsatz zustimmend ebd., 1167 (Roberts, C.J., concurring in part and dissenting in part).

25 U.S. Supreme Court, II.5.2023, 143 S. Ct. 1142, 1157 ff. – National Pork Producers Council v. Ross. Höchst unklar ist aber, wie sich dieser Abschnitt zu den *concurrences* verhält. JJ. Sotomayor und Kagan tragen diesen Abschnitt des Urteils mit. Im *concur* ren betonen sie zwar auf der einen Seite, dass sie an der *Pike*-Rechtsprechung und am Verbot von *undue burdens* festhalten wollen (ebd., 1165). Auf der anderen Seite deuten sie zu einem gewissen Grad ebenso *Pike* um und sehen die zentralen Fälle von *undue burden* ebenfalls in Transport- und Transitfällen (ebd., 1166, s. folgende Fn.). Mit dieser Umdeutung lässt sich aber wiederum J. Barretts Stimme kaum vereinbaren, die in ihrem *concurrence Pike* dahingehend erhalten will, jedoch die Abwägung ablehnt und damit zu einem ähnlichen Ergebnis kommt (ebd., 1166 f.).

26 U.S. Supreme Court, II.5.2023, 142 S. Ct. 1142, 1158 Fn. 2 – National Pork Producers Council v. Ross; dort Verweis auf U.S. Supreme Court, Urteil vom 18.6.1945, 325 U.S. 761 – Southern Pacific v. Arizona; U.S. Supreme Court, 25.5.1959, 359 U.S. 520 – Bibb v. Navajo Freight Lines. Wobei dies nur von vier *Justices* und nicht von J. Barrett mitgetragen wird (s. Fn. davor).

27 Art. 36, 45 Abs. 3, 52, 62 i.V.m. 52, 65 AEUV.

Beschränkungen entwickelten, zwingenden Gründe des Allgemeinwohls nach der *Cassis*-Rechtsprechung zugelassen.<sup>28</sup> Zum anderen verfolgt der EuGH eine deutlich expansivere Rechtsprechung. Dies wird gerade im Kontrast zu *National Pork* deutlich. Während der Supreme Court seinen Rechtsprechungsstrang der „*undue burden*“ stark beschränkt, gehört der Marktzugangstest zum festen Kanon der EuGH-Rechtsprechung.<sup>29</sup> Behindert eine nationale Regelung den Zugang zum Markt des Mitgliedstaats, sind die Grundfreiheiten beschränkt – selbst, wenn diese Regelung europäische wie einheimische Wirtschaftsakteure gleichermaßen betrifft. Überdies würde der EuGH in einem Sachverhalt wie in *National Pork* aller Wahrscheinlichkeit nach bereits eine indirekte Diskriminierung annehmen, da die faktisch betroffenen Schweinebetriebe überwiegend außerhalb von Kalifornien angesiedelt sind.

#### *B. Die Entwicklung der US-amerikanischen Rechtsprechung: Von der Commerce Clause zur dormant Commerce Clause*

Um die *dormant Commerce Clause* in ihrer Gänze erfassen zu können, muss zuerst deren Entwicklung nachvollzogen werden. Diese begann vor ungefähr 200 Jahren.<sup>30</sup> Die US-Verfassung gab dem neugeschaffenen Bundesstaat eine dem späteren deutschen Grundgesetz sehr vergleichbare Kompetenzstruktur. Grundsätzlich sind die Einzelstaaten zuständig.<sup>31</sup> Der Bund hat nur dann die Kompetenz, wenn diese ihm ausdrücklich in der Verfassung gewährt wurde. Ähnlich wie im Grundgesetz lassen sich die Bundeskompetenzen insbesondere in einem Kompetenzkatalog (Art. I Sec.

---

28 EuGH, Urteil vom 9.7.1992, C-2/90, ECLI:EU:C:1992:310, Rn. 36 – Kommission/Belgien (Wallonischer Abfall); EuGH, Urteil vom 13.3.2001, C-379/98, ECLI:EU:C:2001:160, Rn. 73 ff – PreussenElektra; dazu *Ulrich Haltern*, Europarecht, 2. Aufl. 2007, Rn. 1604 ff.

29 Spätestens seit EuGH, Urteil vom 10.2.2009, C-110/05, ECLI:EU:C:2009:66, Rn. 35, 37 – Kommission/Italien (Anhänger).

30 Dazu z.B. *James M. McGoldrick Jr.*, The Dormant Commerce Clause: The Origion Story and the "Considerable Uncertainties" – 1824 to 1945, *Creighton L. Rev.* 2019, 243; *James M. McGoldrick Jr.*, The Dormant Commerce Clause: The Endgame – From Southern Pacific to Tennessee Wine & Spirits – 1945 to 2019, *Pace L. Rev.* 2019, 44.

31 Später ausdrücklich in Am. X: „The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the states, are reserved to the states respectively, or to the people.“

8) finden. In der dritten Klausel ist dort auch die *Commerce Clause* verankert. Angesichts des grassierenden Protektionismus<sup>32</sup> unter den Einzelstaaten bestand unter den Delegierten des Verfassungskonvents Einigkeit, dass dem Kongress diese Zuständigkeit übertragen werden muss.<sup>33</sup> Im Unterschied zum Grundgesetz regelt die US-amerikanische Verfassung für die meisten Kompetenztitel und gerade auch für die *Commerce Clause* aber nicht, ob diese exklusiv oder konkurrierend sind.<sup>34</sup>

In der ersten Phase der Rechtsprechung wurde der Supreme Court mit eben dieser Frage konfrontiert. Im berühmten Urteil *Gibbons v. Odgen*<sup>35</sup> aus 1824 ließ das Gericht schlussendlich die Frage offen, es tendierte aber stark zu einer exklusiven Lesart der *Commerce Clause*.<sup>36</sup> Die zweite Phase der *dormant Commerce Clause* wurde mit dem Urteil *Cooley v. Board of Wardens*<sup>37</sup> eingeläutet. Der bipolare Streit um die Art der Kompetenz – konkurrierend oder exklusiv – hatte sich für ein heillos zerstrittenes Gericht als Sackgasse herausgestellt. Um diese verlassen zu können, wählte es einen Mittelweg. Der Einzelstaat hat dann keine Kompetenz zur Regelung einer Materie, wenn deren Charakteristika gerade eine bundeseinheitliche Regelung verlangen.<sup>38</sup> Umgekehrt kann ein Einzelstaat ein Gesetz zu einem Thema erlassen, welches seiner Natur nach lokal ist, sodass divergierende Regelungen für die Einheit des Bundes nicht bedrohlich sind (*National-Local-Test*).

Die Unterscheidung zwischen nationalen und lokalen Themen führte freilich ihrerseits wiederum zu Abgrenzungsschwierigkeiten. In der Folge

---

32 Ausführlich dazu Joseph L. Davis, Sectionalism in American Politics 1774-1787, 1977.

33 Vgl. Alexander Hamilton, No. 11, in: Rossiter, Clinton (Hrsg.), The Federalist Papers, 2003, 79 (79): „The importance of the Union, in a commercial light, is one of those points about which there is least room to entertain a difference of opinion, and which has, in fact, commanded the most general assent of men who have any acquaintance with the subject. This applies as well to our intercourse with foreign countries as with each other.“; ausführlich zur Entstehung Albert Abel, The Commerce Clause in the Constitutional Convention and in Contemporary Comment, Minnesota L. Rev. 1941, 432.

34 Brugger (Fn. 15), 63 f.

35 U.S. Supreme Court, 2.3.1824, 22 U.S. (9 Wheat.) 1 – Gibbons v. Odgen.

36 U.S. Supreme Court, 2.3.1824, 22 U.S. (9 Wheat.) 1, 209 – Gibbons v. Odgen: „There is great force in this argument and the Court is not satisfied that it has been refuted.“; offen dafür ebd., insb. 224 (Johnson, J, concurring).

37 U.S. Supreme Court, Urteil vom 2.3.1852, 53 U.S. (12 How.) 299 – Cooley v. Board of Wardens.

38 U.S. Supreme Court, 2.3.1852, 53 U.S. (12 How.) 299, 319 – Cooley v. Board of Wardens.

entwickelte der Supreme Court zahlreiche Kriterien zur Differenzierung. Das führte zur dritten Phase der Rechtsprechung und einem erneuten Fokuswechsel. Das Gericht stellte immer häufiger darauf ab, mit welcher Intensität die strittige Regelung den zwischenstaatlichen Handel behindert. Dafür unterschied es zwischen direkter und indirekter Beeinträchtigung (*Direct-Indirect-Test*).<sup>39</sup> Von hoher Intensität waren für den Supreme Court insbesondere diskriminierende Maßnahmen.<sup>40</sup> Er untersuchte damit den Effekt und die Wirkung der Maßnahme und nicht mehr das betroffene Themenfeld an sich. Die moderne Rechtsprechung begann in den 1930er- und 40er-Jahren und mündete in die bis heute angewandte, bereits dargestellte Dogmatik.<sup>41</sup>

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die *dormant Commerce Clause* über die Jahrhunderte eine Wandlung unterlaufen hat. Sie hat zunehmend die kompetenzrechtliche Frage abgeschüttelt und einen eigenständigen Charakter angenommen. Entscheidend ist nun nicht mehr die abstrakte Frage des Kompetenztyps, sondern die Art und Weise der Kompetenzausübung. Ihre Analysevokabeln unterscheiden sich kaum noch von denen der Grundfreiheiten.

### C. Die *dormant Commerce Clause* als Kompetenzausübungsregel

Dennoch ist die Ahnentafel der heutigen *dormant Commerce Clause* immer noch entscheidend für ihr Verständnis. Mag die *dormant Commerce Clause* über die Jahrhunderte auch einen Emanzipationsprozess von der *Commerce Clause* durchlaufen haben, hat sie sich doch nie ihrer historischen Wurzeln entledigt. Die *dormant Commerce Clause* war und ist immer noch eingebettet in das Ringen um Kompetenzverteilung. Mit der „Erfindung“ der *dormant Commerce Clause* hat der Supreme Court eine Antwort auf die ursprünglich ihm gestellte Frage nach der Kompetenznatur der *Commerce Clause* – exklusiv oder konkurrierend – gegeben. Die *dormant Commerce Clause* ist somit eine Norm der Kompetenzverteilung.

39 U.S. Supreme Court, Urteil vom 30.1.1888, 124 U.S. 465, 482 – Smith v. Alabama: indirekt; U.S. Supreme Court, Urteil vom 14.1.1878, 95 U.S. 485, 488 – Hall v. De Cuir: direkt.

40 Bspw. U.S. Supreme Court, 1875, 91 U.S. 275 – Welton v. Missouris.

41 Insb. mit U.S. Supreme Court, Urteil vom 14.2.1938, 303 U.S. 177 – South Carolina State Highway Department v. Barnwell Brothers; U.S. Supreme Court, 18.6.1945, 325 U.S. 761 – Southern Pacific v. Arizona.

## I. Die dormant Commerce Clause als abwägende Kompetenznorm

Diese Antwort mag aus der deutschen Verfassungsrechtsperspektive fremdlich wirken. Unter dem Grundgesetz findet man auf der Suche nach Kompetenzverteilung „Alles-oder-nichts-Lösungen“<sup>42</sup>. Die Art. 70 ff. GG weisen die Gesetzgebungskompetenz klar Bund oder Ländern zu oder weisen jedenfalls im Rahmen der konkurrierenden Gesetzgebung die Verfügungsgewalt über diese eindeutiger einer der föderalen Ebenen zu.<sup>43</sup> Abwägende Elemente spielen dabei keine Rolle.<sup>44</sup> Allenfalls Art. 72 Abs. 2 GG weicht die klare kategoriale Zuteilung der Kompetenzen auf und führt ein Element der Verhältnismäßigkeit für einige Kompetenztitel ein.<sup>45</sup> Die Kompetenzausübung liegt nicht mehr alleine in den Händen des Bundes, sondern es müssen zusätzliche, rein faktische Gegebenheiten hinzukommen. Diese Regelungsmaterien können zwischen Bundes- und Landesebene changieren.<sup>46</sup>

Die *dormant Commerce Clause* geht darüber aber noch hinaus und hat kein Pendant in der deutschen Kompetenzstruktur, da gerade nicht mehr nur die aktuelle Lebensrealität bei der Kompetenzverteilung berücksichtigt wird. Dieses Modell hatte der Supreme Court noch in der zweiten Phase zu Zeiten der *Cooley*-Rechtsprechung verfolgt. Damals war der Prüfstein des Gerichts, ob im Rahmen einer wirtschaftlichen Regelungsmaterie eine Zersplitterung des Binnenmarkts droht und nur bundeseinheitliche Regelungen Abhilfe versprechen. Die damalige *Cooley*-Rechtsprechung und der *National-Local-Test* weisen Parallelen zum heutigen Kompetenzverständnis des Art. 72 Abs. 2 GG auf – jedoch mit unterschiedlichen Adressaten. Während die *dormant Commerce Clause* die Reichweite der Einzelstaaten begrenzt, richtet sich Art. 72 Abs. 2 GG an den Bund.<sup>47</sup>

---

42 Markus Heintzen, in: Kahl, Wolfgang/Waldhoff, Christian/Walter, Christian (Hrsg.), GG, 214. EL 2021, Art. 70 Rn. 71.

43 Vgl. Heintzen (Fn. 42), Art. 70 Rn. 66.

44 Z.B. Josef Isensee, Die bundesstaatliche Kompetenz, in: ders./Kirchhof, Paul (Hrsg.), HStR VI, 3. Aufl. 2008, § 133 Rn. 76.

45 Ralf Poscher, Das Grundgesetz als Verfassung des verhältnismäßigen Ausgleichs, in: Herdegen, Matthias/Masing, Johannes/ders./Gärditz, Klaus Ferdinand (Hrsg.), HVerfR, 2021, § 3 Rn. 93.

46 Vgl. dazu Rico David Neugärtner, Föderalismus-Rhetorik-Dekonstruktionen – Rechtsdogmatik als Literaturdogmatik, 2023, 315 ff.

47 Vergleichend aus der Perspektive des Bundes Thomas von Danwitz, Vertikale Kompetenzkontrolle in föderalen Systemen, AÖR 2006, 510 (insb. 543 f.).

Der Supreme Court entwickelte die *dormant Commerce Clause* in ihrer dritten Phase weiter. Der Fokus der rechtlichen Prüfung verschob sich von der Art der Regelungsmaterie hin zu der Art und Weise der einzelstaatlichen Kompetenzausübung. Entscheidend war nicht mehr welche Regelungsmaterien die Einzelstaaten für sich in Anspruch nahmen, sondern wie sie ihre Kompetenz ausübten. Nach der klassischen deutschen Kompetenzlehre handelt es sich damit bei der *dormant Commerce Clause* nicht mehr um eine Zuständigkeitsverteilung, sondern um eine Wahrnehmungsbedingung.<sup>48</sup> Kompetenztitel beinhalten keinen materiellen Gehalt über das Wie.<sup>49</sup> Die *dormant Commerce Clause* rückt vielmehr in die Nähe der Grundrechte, welche die klassischen Wahrnehmungsbedingungen staatlicher Gewaltausübung sind. Insofern fügt sich auch der abwägende Charakter der *dormant Commerce Clause* gut ein.

## II. Die dormant Commerce Clause als Kompetenzausübungsregel im Dienste des Bundesstaats

Diese Lesart der *dormant Commerce Clause* hat sich gelegentlich auch der Supreme Court zu eigen gemacht. In einigen Urteilspassagen stellt er gerade auf die einzelne Händlerin oder den einzelnen Bürger ab, welche sich auf die Freiheit des Binnenmarktes und der Wirtschaftsbetätigung berufen können.<sup>50</sup> Ein solches Verständnis spiegelt sich jedoch nicht in der überwiegenden Mehrheit der Urteile wieder. Um dies zu veranschaulichen, wird die *dormant Commerce Clause* in das verfassungsrechtliche Gefüge der USA eingeordnet.

Zu diesem Zwecke werden die Normen des Wirtschaftsverfassungsrechts in die verbreiteten Kategorien der Kompetenzen und der individuellen Rechte unterteilt.<sup>51</sup> Zuerst die Gruppe der individuellen Rechte: Die US-

---

48 S. nur *Isensee* (Fn. 44), § 133 Rn. 73; s. auch Fn. 55.

49 Arnd Uhle, Gesetzgebungskompetenzen, in: Stern, Klaus/Sodan, Helge/Möstl, Markus (Hrsg.), StaatsR II, 2. Aufl. 2022, § 42 Rn. 24.

50 Deutlich U.S. Supreme Court, Urteil vom 17.1.1910, 216 U.S. 1, 21 – Western Union Telegraph Co. v. Kansas: „To carry on interstate commerce is not a franchise or a privilege granted by the State; it is a right which every citizen of the United States is entitled to exercise under the Constitution and laws of the United States“; ähnlich U.S. Supreme Court, Urteil vom 4.4.1949, 336 U.S. 525, 535 f. – H. P. Hood & Sons v. Du Mond.

51 Vgl. nur *Isensee* (Fn. 44), § 133 Rn. 84 ff., der dies als zentrale Unterscheidung bezeichnet.

amerikanische Verfassung kennt erstens allgemeine Wirtschaftsfreiheiten, insbesondere die *economic Due Process Clause* (Am. V, Am. XIV Sec. 1 Cl. 2) – auch wenn sie seit dem Ende der *Lochner*-Ära zu Beginn des 20. Jahrhunderts keine große Rolle mehr spielt. Zweitens hält die Verfassung ein allgemeines Gleichbehandlungsgebot in Form der *Equal Protection Clause* (Am. XIV Sec. 1 Cl. 1) bereit. Drittens gibt es ein föderales Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit (*Privileges and Immunities Clause*, Art. IV Sec. 2 Cl. 1).

In der zweiten Gruppe der Kompetenzen ist der bereits erwähnte Kompetenzkatalog in Art. I Sec. 8 der US-amerikanischen Verfassung prägend, der auch die *Commerce Clause* enthält. Daneben enthält die US-amerikanische Verfassung noch eine kompetenzrechtliche Besonderheit: Kompetenzgrenzen unter dem Vorbehalt des Kongresses. In der *Import-Export Clause* und der *Tonnage Clause* (beide Art. I Sec. 10 Cl. 2) werden den Einzelstaaten für bestimmte Regelungsmaterien – Erhebung von Import- und Exportzöllen beziehungsweise Tonnagegebühren – ausdrücklich Kompetenzen entzogen. Die Kompetenz kann aber bei den Einzelstaaten wiederaufleben, wenn der Kongress dem zustimmt.

In dieses Puzzle muss nun die *dormant Commerce Clause* eingefügt werden. Die Grundrechte schützen das Individuum. Sie drängen staatliche Gewaltausübung zurück und unterwerfen alles staatliche Handeln einer Rationalitätskontrolle und einem Minimierungsgebot, um Freiheitsräume Einzelner möglichst weit auszudehnen. Die *dormant Commerce Clause* hat dagegen eine diametral entgegengesetzte Funktion. Sie ist ein Stützpfeiler der föderalen US-amerikanischen Verfassungsarchitektur und muss im Rahmen dessen Kompetenzverteilungskämpfe verhandeln. Sie versucht, einen Ausgleich zwischen Einheit des Bundes und einzelstaatlicher Souveränität zu schaffen. Verankert ist die *dormant Commerce Clause* damit in der Kompetenzordnung der Verfassung. Sie ist wie die *Import-Export Clause* und die *Tonnage Clause* eine Kompetenzgrenze der Einzelstaaten. Im Gegensatz zur *Import-Export Clause* und zur *Tonnage Clause* ist sie aber nicht absolut, sondern relativ. Das dogmatische Handwerkszeug zur Ermittlung der Kompetenzverteilung gleicht durchaus den Grundrechten. Insofern verschwimmen die Grenzen zwischen Kompetenzausübungsgrenzen und individuellen Rechten. Die *dormant Commerce Clause* mit ihrem theoretischen Fundament steht nach dem hiesigen Verständnis jedoch den Kompetenzgrenzen deutlich näher als den Grundrechten.

Dabei stehen die *Commerce Clause* und die *dormant Commerce Clause* in einer Wechselwirkung zu einander. Der Supreme Court verwendet für beide Seiten der Medaille die gleiche *commerce*-Definition.<sup>52</sup> Die Einschlägigkeit der einen Seite aktiviert dadurch auch die andere. Die Verbundenheit zwischen diesen beiden Ausprägungen der *Commerce Clause* kommt auch sprachlich durch die Unterteilung in eine positive und eine negative Seite zum Ausdruck.

#### D. Ein kompetenzrechtliches Verständnis der Grundfreiheiten

Inwiefern kann dieses Verständnis der *dormant Commerce Clause* nun für die EU-Grundfreiheiten fruchtbar gemacht werden? Selbstredend kann es nicht einfach übertragen werden. Dennoch wird hier die These vertreten, dass auch die Grundfreiheiten als Kompetenzverteilungsnormen verstanden werden sollten. Wie die *dormant Commerce Clause* schützen die Grundfreiheiten nicht primär individuelle Freiheitsräume vor dem Zugriff des Staates. Vielmehr ist ihre Hauptaufgabe, das Ringen um Kompetenzen im Bereich des Binnenmarktes zu moderieren.

Um die Parallelität zwischen *dormant Commerce Clause* und Grundfreiheiten zu begründen, soll erneut die Unterscheidung zwischen Kompetenzen und individuellen Rechten herangezogen werden. Das Unionsrecht kennt in der Grundrechtecharta wirtschaftliche Freiheitsrechte in Form der Berufs- und unternehmerischen Freiheit (Art. 15, 16 GRCh) und ein allgemeines Gleichbehandlungsgebot in Art. 20 GRCh. Als Äquivalent zur *Privileges and Immunities Clause* lässt sich in den Verträgen das Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit nach Art. 18 AEUV aufspüren.

Daneben sprechen die Verträge den EU-Organen Wirtschaftskompetenzen zu, insbesondere in den Begleitkompetenzen zu den Grundfreiheiten<sup>53</sup> und der Binnenmarktharmonisierungskompetenz in Art. 114 AEUV. Einen ausdrücklichen Entzug der Kompetenzen der Mitgliedstaaten wie in der *Import-Export Clause* und der *Tonnage Clause* kennt das Unionsrecht nicht. In diese Leerstelle fügen sich die Grundfreiheiten ein. Die Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung wird dagegen primär – im Rahmen ihrer An-

---

52 U.S. Supreme Court, Urteil vom 24.4.1979, 441 U.S. 322, 326 Fn. 2 – Hughes v. Oklahoma.

53 Art. 46, 48 AEUV; Art. 50, 53 AEUV; Art. 59, 62 i.V.m. 53 AEUV.

wendungsbereiche – durch die europäische Grundrechtecharta oder gegebenenfalls durch nationale Grundrechte geschützt.

Dabei stehen die Grundfreiheiten wie die *dormant Commerce Clause* in Wechselwirkung mit den Kompetenzen. Nach der Rechtsprechung des EuGH wird durch einen Verstoß gegen die Grundfreiheiten die Harmonisierungskompetenz aktiviert.<sup>54</sup> Eine solche Kopplung mit Kompetenzen ist Grundrechten fremd; sie fügt sich dagegen gut in ein kompetenzrechtliches Verständnis der Grundfreiheiten ein. Im Gegensatz zur US-Verfassung knüpfen positive und negative Kompetenzen in den Verträgen nicht an lediglich eine Norm an, sondern sind in verschiedenen Vorschriften geregelt.

Die Einordnung der Grundfreiheiten als Kompetenznormen führt zu zwei möglichen Irritationen. Zum einen enthalten die Grundfreiheiten mit der Verhältnismäßigkeitssprüfung ein abwägendes Element. Zum anderen können sich auf die Grundfreiheiten gerade Individuen berufen.

## I. Das abwägende Element der Grundfreiheiten

Wenn die Grundfreiheiten als kompetenzrechtliche Regelung verstanden werden, vermag insbesondere das abwägende Element aus deutscher Perspektive verwundern. Wie beschrieben, liegt dem Grundgesetz der Gedanke einer klaren Kompetenzzuordnung zu Grunde. Die Kompetenzordnung der EU folgt jedoch nicht diesem Verständnis. Ihr ist etwas fluides, relatives inhärent.<sup>55</sup> Dies kann man insbesondere an der föderalen Verhältnismäßigkeit gemäß Art. 5 Abs. 4 EUV festmachen.<sup>56</sup> Bei der Ausübung ihrer Zuständigkeiten darf die EU nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung des Ziels erforderlich ist. Diese Verhältnismäßigkeit dient dem Schutz der mitgliedstaatlichen Autonomie.

Die Verhältnismäßigkeit im Rahmen der Grundfreiheiten ist die Kehrseite zu Art. 5 Abs. 4 EUV. Spiegelbildlich erfolgt die grundfreiheitliche Verhältnismäßigkeit zum Schutz des EU-Interesses – erneut in Abwägung zur mitgliedstaatlichen Autonomie. Dabei handelt es sich ebenfalls nicht

---

54 EuGH, Urteil vom 8.6.2010, C-58/08, ECLI:EU:C:2010:321, Rn. 32 – Vodafone.

55 Dagegen auch hier für eine klare Trennung Martin Nettesheim, Kompetenzen, in: von Bogdandy, Armin/Bast, Jürgen (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2009, 389 (390 ff.).

56 Für das deutsche Staatsorganisationsrecht strikt abgelehnt BVerfG, Urteil vom 22.5.1990, 2 BvG 1/88, BVerfGE 81, 310, 338 – Kalkar II.

um eine rein grundrechtliche, sondern um eine föderale Verhältnismäßigkeitsprüfung.

## II. Das Subjektive der Grundfreiheiten

Das zweite Störgefühl wird durch das subjektive Element der Grundfreiheiten hervorgerufen. Seit *van Gend & Loos*<sup>57</sup> ist klar, dass sich Individuen vor Gericht auf die Grundfreiheiten berufen können. Die unmittelbare Anwendbarkeit wird gerade mit der Funktion der Grundfreiheiten als Schutznorm für das Individuum begründet. Dieser Befund beißt sich scheinbar mit einem kompetenzrechtlichen Verständnis der Grundfreiheiten. Kompetenzen haben keinen subjektiven, individualschützenden Charakter. Die Lesart der unmittelbaren Anwendbarkeit als Ausfluss eines subjektiven öffentlichen Rechts ist aber keinesfalls zwingend. Die Rechtsprechung des EuGH ist unklar und im wissenschaftlichen Diskurs anderer Mitgliedstaaten kommt man häufig ohne diese Konstruktion aus.<sup>58</sup> Danach ist eine Norm unmittelbar anwendbar, wenn sie klar und abschließend ist und keine weiteren Ausführungsakte von Nöten sind.<sup>59</sup>

Trotz dieses Einwands soll ohne Umschweife noch einmal betont werden, dass den Grundfreiheiten auch ein individuell-subjektives Element innewohnt. Dennoch ändern subjektive Komponenten der Grundfreiheiten nichts an ihrer Prägung als kompetenzrechtliche Normen.

### E. Ausblick: Dogmatische Konsequenzen der kompetenzrechtlich verstandenen Grundfreiheiten

Das kompetenzrechtliche Verständnis der *dormant Commerce Clause* spiegelt sich freilich auch in der Dogmatik des Supreme Courts wieder. Ebenso kann ein solches Verständnis der Grundfreiheiten seinerseits nicht folgen-

57 EuGH, Urteil vom 5.2.1963, C-26/62, ECLI:EU:C:1963:1 – *van Gend & Loos*; ausdrücklich für die Warenverkehrsfreiheit in EuGH, Urteil vom 19.12.1968, C-13/68, ECLI:EU:C:1968:54 – *Salgoil*.

58 Z.B. die Darstellung bei *Koen Lenaerts/Piet van Nuffel*, EU Constitutional Law, 2021, Rn. 23.031ff.; so auch die Einsicht bei *Thomas Oppermann/Claus Dieter Classen/Martin Nettesheim*, Europarecht, 9. Aufl. 2021, § 9 Rn. 18; diff. *Paul Craig/Gráinne de Búrca*, EU Law, 17. Aufl. 2020, 218 f. zwischen „objective“ direct effect und „subjective“ direct effect.

59 Ebd., s. auch schon EuGH, 5.2.1963, C-26/62, S. 25 – *van Gend & Loos*.

los bleiben. Es sollen hier zwei Beispiele herausgegriffen werden. Erstens die Bindung des Kongresses an die *dormant Commerce Clause* beziehungsweise die Bindung der EU-Organe an die Grundfreiheiten. Zweitens die Frage nach den umfassten Beschränkungsarten.

## I. Keine Bindung der EU-Organe

Der Frage nach der Bindung der US-amerikanischen Bundesebene an die *dormant Commerce Clause* wurde bis jetzt nicht nachgegangen. Sie ist aber schnell zu beantworten: Der Bund ist unzweifelhaft nicht an die *dormant Commerce Clause* gebunden.<sup>60</sup> Die *dormant Commerce Clause* leitet sich gerade aus einer Kompetenzzuweisung an den Bund ab. Adressat der *dormant Commerce Clause* können damit nur die Einzelstaaten sein.

Nach dem hier vertretenen kompetenzrechtlichen Verständnis sind die EU-Organe ebenfalls nicht an die Grundfreiheiten gebunden.<sup>61</sup> Sie sind an die Mitgliedstaaten adressiert und beschränken deren Kompetenzen. Diese These ist der Rechtsprechung des EuGH näher, als es auf den ersten Blick scheint. Zwar vertritt der Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung eine Bindung der Unionsorgane an die Grundfreiheiten.<sup>62</sup> In der Praxis wendet er aber nur einen äußerst zurückgenommenen Prüfungsmaßstab an und verwirft fast nie Sekundärrecht.<sup>63</sup> Eine Begründung für die Diskrepanz zwischen der Überprüfung mitgliedstaatlicher und unionaler Regelungen bleibt er aber schuldig. Nach einem grundrechtlichen Verständnis kann es

---

60 U.S. Supreme Court, Urteil vom 25.5.1891, 140 U.S. 545, 561 – *In re Rahrer*; U.S. Supreme Court, Urteil vom 3.6.1946, 328 U.S. 408, 423 – *Prudential Insurance Co. v. Benjamin*.

61 I.E. gleich, jedoch mit unterschiedlicher Begründung *Thorsten Kingreen*, Theorie und Dogmatik der Grundrechte im europäischen Verfassungsrecht, EuGRZ 2004, 570 (575 f.); *Thorsten Kingreen*, in: Callies, Christian/Ruffert, Matthias (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 34-36 AEUV Rn. II2; *Julien Zazoff*, Der Unionsgesetzgeber als Adressat der Grundfreiheiten, 2011, Teil 3.

62 EuGH, Urteil vom 17.5.1984, C-15/83, ECLI:EU:C:1984:183, Rn. 15 – Denkavit Nederland; zuletzt z.B. EuGH, Urteil vom 8.12.2020, C-626/18, ECLI:EU:C:2020:1000, Rn. 87 – Polen/Parlament und Rat (Entsenderichtlinie).

63 Zum Maßstab: EuGH, 8.12.2020, C-626/18, Rn. 95, 97 – Polen/Parlament und Rat (Entsenderichtlinie); EuGH, Urteil vom 8.12.2020, C-620/18, ECLI:EU:C:2020:1001, Rn. II2, 114 – Ungarn/Parlament und Rat (Entsenderichtlinie). Im Bereich der Grundfreiheiten hat der EuGH bis jetzt wohl nur zwei Mal einen Verstoß angenommen (Nw. bei *Karsten Engsig Sørensen*, Reconciling Secondary Legislation and the Treaty Rights of Free Movement, E. L. Rev. 2011, 339 (347 Fn. 50)).

kaum einen Unterschied machen, welche Hoheitsgewalt die individuelle Freiheit beschränkt. In ein kompetenzrechtliches Verständnis fügt sich dies dagegen gut ein, da an EU und Mitgliedstaaten unterschiedliche Normen adressiert sind. Die verbleibende, stark zurückgenommene Kontrolle von Sekundärrecht ist nicht mit der Bindung an die Grundfreiheiten, sondern mit den Wirtschaftsfreiheiten in der Grundrechtecharta (Art. 15, 16 GRCh) zu begründen.<sup>64</sup>

## II. Der Wesenskern der Grundfreiheiten: Diskriminierungsverbot

In den letzten Jahren war die Gretchen-Frage der Grundfreiheiten, ob nur diskriminierende oder alle beeinträchtigenden Maßnahmen von den Grundfreiheiten umfasst sind.<sup>65</sup> In den USA ist spätestens mit der Entscheidung *National Pork* diese Frage ebenfalls wieder auf dem Tableau. Jedenfalls über die Grundausrichtung der *dormant Commerce Clause* herrscht Einigkeit im Gericht: Die Einzelstaaten dürfen ihre Kompetenz nicht in protektionistischer Weise ausüben. Die knappe Mehrheit im Gericht sieht eine protektionistische Kompetenzausübung in der Regel nur dann gegeben, wenn die einzelstaatliche Maßnahme diskriminierend ist.<sup>66</sup> Anders formuliert: Nicht jede den zwischenstaatlichen Handel beschränkende Maßnahme stellt eine verfassungswidrige Kompetenzausübung dar. Dieses Ergebnis baut auf dem Fundament der föderalen Grundprägung der *dormant Commerce Clause* auf. Nicht-diskriminierende Maßnahmen mögen zwar den Binnenmarkt beeinträchtigen, sie stellen aber nicht reflexartig eine Gefahr für die Kompetenz des Bundes, die Autonomie anderer Einzelstaaten oder die politisch-föderale Einheit als Ganzes dar.<sup>67</sup> Erst protektio-

64 So auch knapp *Wolfram Cremer*, Die Grundfreiheiten des Europäischen Unionsrechts, JURA 2015, 39 (40 f.). Auf das Verhältnis zu Art. 15 Abs. 2 GRCh (i.V.m. Art. 52 Abs. 2 GRCh) kann aus Platzgründen an dieser Stelle nicht näher eingegangen werden.

65 Im Überblick bei *Kingreen* (Fn. 61), Art. 34-36 AEUV Rn. 59 ff.

66 S. zur Unklarheit des Urteils aber oben Fn. 25.

67 Das ist indes nicht unstrittig: für ein freiheitliches Verständnis der *dormant Commerce Clause* zuletzt *Richard A. Epstein*, Market Competition as a Constitutional Virtue: A Defense of Lochner and a Revitalized Dormant Commerce Clause, N.Y.U. J. Law & Liberty 2022, 308. Die damit zusammenhängende, intensive geführte Debatte um das Telos der *dormant Commerce Clause* kann hier nicht vertieft werden, vgl. dazu nur *Brannon P. Denning*, Reconstructing the Dormant Commerce Clause Doctrine, William & Mary L. Rev. 2008, 417.

nistische, sprich diskriminierende Maßnahmen, überschreiten diese Grenze.<sup>68</sup> Sie führen nicht nur zu erheblichen Friktionen in einem gemeinsamen Markt, sondern zusätzlich noch zu Verwerfungen im föderalen Gebilde.

Der EuGH verfolgt mit dem Marktzugangstest einen anderen, freiheitlich-individuellen Ansatz. Einzelnen Wirtschaftsakteuren wird das Recht gewährt, sich zwischen den nationalen Märkten ungehindert bewegen zu können. Nach einem kompetenzrechtlichen Verständnis der Grundfreiheiten wird dadurch der Gehalt der Grundfreiheiten überdehnt. Im Kern sind die Grundfreiheiten Diskriminierungsverbote.<sup>69</sup> Diese sichern nicht individuelle Freiheit, sondern setzen Kompetenzausübungsgrenzen zugunsten der föderalistischen Struktur.

Letztlich ist diese Parallelle zwischen US-amerikanischem und EU-Recht aber mit Vorsicht zu genießen. Die USA sind ein staatliches Gebilde mit einem deutlich höheren Maß an Stabilität als die EU. Der Supreme Court kann die Zügel lockerlassen, ohne dass sofort die Fliehkräfte in den Einzestaaten erstarken. Zwar hat der europäische Binnenmarkt ebenfalls einen hohen Grad an Integration erreicht, der in vielen Fällen dem der USA nicht nachsteht.<sup>70</sup> Er verharrt aber noch in einem fortwährenden Zustand der Fragilität. Aus institutionellen Gründen scheint es daher notwendig, den Diskriminierungsbegriff der kompetenzrechtlich verstandenen Grundfreiheiten weiter zu fassen als dies der Supreme Court in Bezug auf die *dormant Commerce Clause* tut, und die Grundfreiheiten auch auf erhebliche, nicht-diskriminierende Beschränkungen des zwischenstaatlichen Handels auszudehnen.

#### F. Fazit

Die Grundfreiheiten haben historisch einen enorm wichtigen Beitrag zu einem *ever closer market* geleistet. Dabei drehte sich die Diskussion zumeist um Liberalisierung versus Regulierung beziehungsweise Freiheits- versus

---

68 Klassisch dazu *Donald H. Regan*, The Supreme Court and State Protectionism, Michigan L. Rev. 1986, 1091.

69 Zu einem ähnlichen Ergebnis kommen *Miguel Poiares Maduro*, We the Court, 1998 und *Thorsten Kingreen*, Grundfreiheiten, in: von Bogdandy, Armin/Bast, Jürgen (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2009, 705, wobei beide an einem individualistischen Verständnis der Grundfreiheiten festhalten.

70 Vgl., wenn auch schon etwas veraltet *George Anderson*, Internal Markets in Federal or Multi-level Systems, in: ders. (Hrsg.), Internal Markets and Multi-Level Governance, 2012, 196 (202).

Gleichheitsrechte. Der hier vertretene kompetenzrechtliche Ansatz bezüglich der Grundfreiheiten eröffnet eine neue Perspektive auf dieses Spannungsfeld. Die Grundfreiheiten sind danach ein wichtiger Baustein, um die Zuständigkeiten zwischen nationaler und unionaler Ebene auszutarieren. Die Entscheidung über das Maß an Binnenmarktintegration liegt danach zentral in den Händen des europäischen Gesetzgebers.

